



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 8 9 / 2 0 0 3

(Sección 2ª)

La Laguna, a 12 de junio del 2003.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Consumo en relación con la *Propuesta de Orden resolutoria del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado por la reclamación de indemnización formulada por J.J.H.D., por daños como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 74/2003 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Consejero de Sanidad y Consumo, es una propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo (Servicio Canario de Salud) de la Administración autonómica. De la naturaleza de esta propuesta se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia del Consejo y la preceptividad del Dictamen según los artículos 12.3 y 11.1.D).e) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación este último precepto con el art. 12.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP) aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

2. La reclamación fue interpuesta por dos hijos de una paciente que falleció el 2 de junio de 1998 en un Hospital del Servicio Canario de Salud y cuyo óbito aquéllos imputan a "una presunta negligencia médica" por parte de los facultativos que la atendieron.

* **PONENTE:** Sr. Suay Rincón.

La finalidad de la responsabilidad extracontractual no es punitiva, sino reparadora, ha de comenzar por señalarse. El art. 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC, confiere acción para reclamar por las lesiones sufridas en cualquiera de "sus" bienes y derechos, de donde se sigue que está legitimado quien alegue la titularidad de un bien o derecho cuyo menoscabo impute al funcionamiento de un servicio público.

El derecho a indemnización por causa de muerte no es un derecho que el *de cuius* adquiera en vida y que después trasmita a sus herederos; al contrario, es un derecho que se adquiere originariamente y que es ejercitable *ex iure proprio* por aquellos que han resultado perjudicados por la muerte de la víctima.

Este perjuicio pueden sufrirlo quienes compartían su vida con la víctima cuya muerte, eventualmente, puede producir una disminución de ingresos o un desamparo económico para los supervivientes, o bien un daño moral por la ruptura de la convivencia y de los lazos de afecto, presumiéndose este daño moral en sus parientes más directos por línea recta ascendente o descendente, y prefiriéndose siempre, con exclusión de los demás, a sus más estrechos allegados que son los que convivían con la víctima y compartían con ella sus ingresos comunes o dependían de ella económicamente.

En el presente caso, la fallecida estaba casada y el viudo, cuya convivencia con ella se presume legalmente (art. 69 del Código Civil), al ser llamado al procedimiento, ha desistido de toda reclamación por el fallecimiento de su esposa. Sin embargo, es claro que dicha renuncia para nada afecta a la presunción de legitimación de ambos hijos reclamantes, por lo que éstos están legitimados activamente en el presente procedimiento.

3. El fallecimiento por el que se reclama acaeció el 2 de junio de 1998 y la reclamación se presentó el 1 de junio de 1999, un día antes del término del plazo de un año establecido por el art. 142.5 LRJAP-PAC; por consiguiente, no puede calificarse de extemporánea.

4. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en defectos formales que impidan un Dictamen de fondo, aunque algunas consideraciones de índole formal sobre la tramitación de las actuaciones administrativas, sin embargo, sí son pertinentes. Por todas, es claro que se ha incumplido el deber de resolver en plazo.

Ello no impide desde luego que la Administración pueda y deba resolver expresamente, a tenor de los artículos 42.1 y 43.4.b) LRJAP-PAC, pero del dato apuntado han de extraerse las siguientes observaciones:

En primer término, ya la propia admisión a trámite de la solicitud (11 de febrero de 2000) se demora nueve meses desde que el reclamante ejerce su derecho a reclamar la indemnización que a su juicio le corresponde (fecha de solicitud: 26 de mayo de 1999; y de entrada en el registro: 1 de junio siguiente, éste último, en el del "órgano competente" para tramitar dicha solicitud; que es por otro lado la fecha que marca el inicio del cómputo del plazo a los efectos de determinar el plazo máximo para la resolución del procedimiento).

Constituye la demora indicada una dilación injustificada. Es cierto que la Administración inició un trámite para proceder a la subsanación de los defectos de la solicitud (10 de junio), y que el propio interesado por medio de su representante solicitó incluso una ampliación de plazo para completar la documentación requerida (21 de julio; la documentación no obstante se entregó (8 de julio), incluso con anterioridad al otorgamiento (12 de julio) de la ampliación de dicho plazo). Los hechos demuestran que, en este trance, lo que motivó el retraso fue, sobre todo, la acreditación de la representación que no se produjo sino el 13 de octubre (requerida a instancia por la Administración el 16 de julio y el 6 de septiembre), unido a la formalización del escrito de renuncia por parte del viudo de la fallecida (4 de febrero de 2000).

Pero no por existir acaso una justificación material de la demora, ésta está justificada. Porque, junto a dicha exigencia material, la LRJAP-PAC impone otra de carácter formal: conforme a su art. 42.5 procede, en efecto, la adopción formal de una decisión para suspender el procedimiento, por alguna de las causas establecidas por dicho precepto, una de las cuales justamente es la que nos ocupa (art. 42.5 a) LJAP-PAC).

Idéntica observación cabe formular respecto del Informe que debe evacuar el Servicio de Inspección, Prestaciones y Farmacia. En este punto, es forzoso reconocer la complejidad del citado trámite, determinante por lo demás de la resolución que ponga fin al procedimiento en los términos establecidos por la legislación general sobre procedimiento administrativo común (LRJAP-PAC: art. 83.3): un Informe

elaborado a su vez sobre la base proporcionada por otros informes y documentos administrativos de diversa procedencia.

Lo cierto es que desde que se solicita por vez primera (11 de febrero de 2000) hasta que se recibe (21 de noviembre), después de sucesivas reiteraciones (8 de agosto y 29 de septiembre), transcurren nueve meses, lo que resulta también un tiempo excesivo, si bien ha de tenerse presente que por la fecha de remisión de los escritos (así, junto a la historia clínica nº 310.385 remitida con fecha 6 de marzo, el Informe del Jefe de Servicio de Cardiología -quien circunstancialmente coincide con el facultativo que realizó la intervención quirúrgica en el caso- se hace esperar hasta el 6 de noviembre) que sirven de base el Informe que nos ocupa, podría ser a éstos más bien a los que habría que imputar una tardanza que en todo caso en sí misma no cabe admitir, sin que se procede a acordar, formalmente, la suspensión del procedimiento, conforme el art. 42.5 c) LRJAP-PAC; o, en su caso, la suspensión de los plazos inicialmente previstos.

Todavía una última observación dentro de esta serie de consideraciones formales, para señalar también la incorrección que supone aceptar indiscriminadamente la regla absoluta de la irrecurribilidad de los actos de trámite producidos en el curso del procedimiento, porque si bien ésta es sin duda la regla general, no es menos cierto que existen también actos de trámites singulares, especialmente cualificados, que sí son susceptibles de recurso por separado e independientemente, por tanto, de la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo. Tal es el caso, por ejemplo, de la admisión a trámite de las solicitudes o la práctica de pruebas en el procedimiento (más bien, la falta de admisión o el rechazo a la práctica de tales pruebas). El criterio para determinar los supuestos en que procede o no el recurso por separado está también explicitado por la propia legislación general sobre procedimiento administrativo común (LRJAP-PAC: art. 107.1).

II

1. Entrando en consideraciones de fondo, el reclamante alega como fundamento de su pretensión resarcitoria, como ya ha sido destacado, la negligencia médica consistente en la implantación defectuosa de la prótesis valvular.

Al respecto, ha de comenzar señalándose que en el caso del funcionamiento del servicio público de la sanidad ha de partirse de la base de que éste se dirige a

proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana.

La obligación de los servicios de salud no incluye en consecuencia la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la atención sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio ha de garantizar el cumplimiento de una obligación de medios; no, estrictamente de resultados.

En atención a lo expuesto, no basta que en el funcionamiento de dicho servicio no se hayan obtenido unos resultados satisfactorios para los usuarios. Tales resultados han de ser la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento del servicio y que, además, sean antijurídicos en el sentido de que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlo.

Así, no son riesgos específicos creados por el establecimiento y funcionamiento o prestación de los servicios públicos sanitarios, entre otros, los ligados a la irreversibilidad de los estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos tratamientos médicos, o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener resultados positivos. Lo que acredita el hecho de que, aun en el caso de que no se estableciera y funcionara el servicio público de salud y la asistencia médica se confiara exclusivamente al mercado, tales riesgos seguirían existiendo.

2. En el supuesto que nos ocupa, consta documentalmente que la paciente, de setenta años de edad, padecía una estenosis valvular aórtica calcificada con disnea a moderados esfuerzos y se le había realizado un cateterismo cardiaco en marzo de 1998. Ingresó en el Servicio de Urgencias de un Hospital del Servicio Canario de Salud el 6 de mayo de 1998 por presentar una angina de reposo con una disfunción global del ventrículo izquierdo.

Para afrontar esta patología se le realizó el 1 de junio de 1998 una operación de cirugía cardiaca extracorpórea para implantarle una prótesis valvular aórtica. Como en los pacientes con estenosis aórtica calcificada el anillo valvular y los ostium coronarios están a una distancia de milímetros, existe el riesgo de que la prótesis valvular obstruya uno de los ostium. El cirujano, por eso, antes de que finalizara la circulación extracorpórea comprobó por dos veces que los ostium coronarios estaban libres.

Restablecido el funcionamiento del corazón, sin embargo, la paciente sufrió un infarto anterior de miocardio que afectó al ventrículo izquierdo. Ante ello, los miembros componentes del equipo médico que realizó la intervención restablecieron la circulación extracorpórea, comprobaron que tanto la válvula artificial como la nativa y los ostium coronarios estaban libres y realizaron un doble bypass coronario para garantizar la perfusión del ventrículo izquierdo.

A continuación, se puso fin a la circulación extracorpórea y se le administraron al paciente altas dosis de catecolaminas, y se le remitió a la Unidad de medicina intensiva. Sin embargo, el shock cardiogénico persistió, por lo que se realizó un electrocardiograma que acusó la existencia de hipertrofia del ventrículo izquierdo con disfunción global severa y el funcionamiento normal de la prótesis valvular, se le asistió con ventilación artificial y dosis mayores de inotrópicos. El shock cardiogénico fue empeorando progresivamente haciéndose refractario a la terapéutica y provocó disfunción multiorgánica que llevó al óbito de la paciente a las 15 horas del día siguiente.

El Informe anatómo-patológico diagnostica un infarto agudo de miocardio postquirúrgico que afecta al ventrículo izquierdo y a áreas focales del ventrículo derecho y la oclusión del ostium coronario izquierdo por la inserción de la válvula protésica. Y, con base en esta última observación, el Informe, evacuado en la fase de prueba a instancia del reclamante y suscrito por un Médico-forense, concluye que el infarto se produjo por la oclusión del ostium debido a la inserción inadecuada de la prótesis.

Esta afirmación, sin embargo, no puede ser acogida conforme al protocolo médico quirúrgico, del que se sirven el Informe de Anatomía patológica y el Informe del especialista en Cirugía cardio-vascular: precisamente, porque había riesgo de que se obstruyera el ostium coronario izquierdo por su proximidad al anillo valvular nativo donde se implantó la prótesis valvular, se verificó en dos ocasiones que los

ostium coronarios estaban libres, como ya ha sido destacado; y cuando se restableció el funcionamiento del corazón y se produjo el infarto, se practicó a la paciente una postderivación aortocoronaria (o doble bypass) a las arterias descendientes anterior (DA) y oblicua marginal (OM) para revascularizar (irrigar) el territorio miocárdico correspondiente a la coronaria izquierda y ventrículo izquierdo.

De conformidad con lo expuesto, no cabe apreciar la concurrencia de negligencia médica en los términos en que se invoca. De los datos obrantes en el expediente, al contrario, hay que concluir que la terapia decidida para abordar la patología de la paciente y su aplicación fueron adecuadas y correctas. Diferente sería esta conclusión, por ejemplo, si, conforme argumentan los mismos Informes médicos, no se hubiese procedido a constatar que los ostium coronarios estaban libres o, si verificado ello, no se hubiese procedido a la implantación de un doble bypass. Pero ése no ha sido el caso, tal y como resulta de las actuaciones practicadas.

3. El riesgo de infarto transoperatorio es un riesgo que acompaña inevitablemente a las operaciones de cirugía cardíaca extracorpórea. De las cinco posibles causas del infarto mortal que sufrió la paciente detalladas por el Informe del cirujano cardio-vascular, una de ellas pudo ser la agresión que supone la circulación extracorpórea en el miocardio cuando se realiza una operación de cirugía cardíaca extracorpórea, según se deduce de dicho Informe; en otras palabras, al tratarse de una operación en que se extrae el corazón del cuerpo para reseccionar la válvula natural y sustituirla por una artificial, mientras se mantiene la circulación corpórea artificialmente, según la constitución y edad del paciente, se produce una situación de riesgo no estrictamente imputable o inherente al servicio público de la salud (un riesgo no creado jurídicamente, en definitiva, por la Administración), que puede desembocar en una consecuencia fatal.

El riesgo así originado cabe cifrarlo en un 5 por ciento, y se proyecta sobre pacientes cuyo miocardio no resiste semejante agresión, como se ha indicado, en base a su constitución y edad. Sumados dicho porcentaje a otros factores posibles de riesgo posibles, las operaciones de circulación extracorpórea presentan un riesgo de morbilidad entre el ocho y el doce por ciento.

Ante la elección entre la muerte segura a causa de una cardiopatía y la alta probabilidad de conjurarla, la decisión forzosa e ineludiblemente cae a favor de la segunda opción, aunque vaya acompañada de una probabilidad de muerte. Entre un

camino que conduce a una muerte segura y otro, que, aunque arriesgado, lleva con alta probabilidad a la salvación, la razón y la ciencia médica, el Derecho y la ética compelen inevitablemente a tomar la segunda vía.

Así las cosas, cabe concluir en definitiva que, en supuestos como el presente, el riesgo de infarto es generado por el estado actual de los conocimientos médicos que no pueden garantizar al cien por cien que, sea cual sea la constitución y edad del paciente, no se produzca tras una operación de cirugía cardiaca extracorpórea.

De conformidad con el art. 141.1 LRJAP-PAC, "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos". Y a esta desgraciada circunstancia, en efecto, hay que imputar en último extremo los daños fatales desde luego acaecidos en el supuesto que nos ocupa.

El dato indicado, por lo demás, y ya para concluir del todo, hay que ponerlo en relación con el consentimiento informado que prestó por escrito la paciente, y donde declara que ha sido informada de que la intervención quirúrgica presenta un riesgo de mortalidad del ocho al doce por ciento. La fallecida asumió voluntariamente el riesgo al decidir someterse a la operación una vez informado de los riesgos y beneficios que conllevaba. El consentimiento informado constituye uno de los títulos jurídicos que obliga a soportar la materialización de los riesgos de un acto médico adecuado a la "*lex artis ad hoc*".

C O N C L U S I Ó N

No se produjo la negligencia médica alegada como fundamento de la pretensión resarcitoria, por lo que no procede la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración en los términos solicitados a ésta, al no haber sido el daño causado consecuencia del funcionamiento del servicio público de la salud. Es conforme a Derecho, en suma, la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen, que avala la desestimación de la reclamación en el sentido indicado.